

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux oeuvres en droit européen

Dusollier, Séverine

Published in:

Le droit d'auteur : vers un contrôle de l'accès à l'information

Publication date:

2000

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 2000, Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux oeuvres en droit européen. Dans *Le droit d'auteur : vers un contrôle de l'accès à l'information*. Cahiers du CRID, Numéro 18, Academia Bruylant, Bruxelles, p. 25-52.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen

Séverine Dusollier

Centre de Recherches Informatique et Droit

Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur

Introduction :

Quand il est fait mention dans la doctrine d'un droit d'accès à l'information, on vise généralement un droit d'accès des utilisateurs non aux œuvres mais aux informations et à la culture, tout en le limitant simultanément par le droit de la propriété intellectuelle¹. M. Cornu divise ce droit du public en droit à la jouissance matérielle du bien, support ou site de l'œuvre, et droit à la jouissance intellectuelle². Soit droit d'acquérir ou d'avoir accès à l'œuvre et droit de jouir intellectuellement de son contenu, bref de le lire, de le visionner, de l'écouter. Il a toujours été admis cependant que la jouissance des œuvres de l'esprit devait se faire dans le respect des droits de l'auteur. Dès lors, lorsque l'utilisation ou l'exploitation d'une œuvre implique un acte soumis au monopole du titulaire de droit, une autorisation est nécessaire.

Par contre, l'accès à l'œuvre, sa consultation et son utilisation ne nécessitent pas en tant que tels une autorisation de l'ayant-droit. A priori, il ne s'agit pas d'actes couverts par le droit d'auteur. Aucun droit d'interdire l'accès à une œuvre n'est accordé à son auteur, droit qui l'autoriserait non seulement à contrôler le premier accès à son œuvre, mais également chaque accès répété de l'utilisateur. Un tel droit d'accès habiliterait l'auteur d'une part à contrôler la jouissance matérielle ou l'acquisition du support matériel de l'œuvre; d'autre part, à décider de l'étendue de son usage intellectuel. Dans cette hypothèse, l'auteur devrait consentir à l'achat de son livre et pourrait également déterminer le nombre de chapitres que l'acheteur serait autorisé à lire ainsi que le nombre de relectures qu'il pourrait envisager.

Bien entendu, aucun droit de l'auteur ne l'investit d'un tel pouvoir. Toutefois, et ce sera le sujet principal de ce qui suit, la question du "droit d'accès" se pose de plus en plus en d'autres termes : n'existe-t-il pas, en droit positif un pouvoir potentiel des auteurs d'assurer un tel contrôle sur l'accès et l'utilisation de leurs œuvres ? La technique et les contrats ne permettent-ils pas à l'auteur d'exercer de fait un tel pouvoir ? Et si ce pouvoir n'existe qu'en fait, le droit ne vient-il pas légitimer voire normatiser ce contrôle?

¹ L. GUIBAULT, "Limitations found outside copyright law", in *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, Cambridge, , 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 43; M. VIVANT , "Le droit d'auteur, un droit de l'homme ?", *R.I.D.A.* oct. 1997, n°174, p. 61-123.

² M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 521 et ss.

Se poser de telles questions nécessite d'examiner le droit positif de l'Union européenne afin d'y déceler de possibles manifestations d'un "droit d'accès", comme autant d'indices préfigurant l'irruption du contrôle de l'accès aux œuvres dans le champ des droits de l'auteur. Si la réponse à ces questions, suite à la présente étude, était affirmative, l'instauration d'un droit exclusif de contrôler l'accès à l'œuvre se révélerait superflue et nous nous trouverions face à un tout nouveau modèle de diffusion et d'utilisation des œuvres. Ce modèle de diffusion, encadré par des licences et des mécanismes techniques a déjà fait ses preuves en matière de logiciels. Il s'étendrait désormais à tout type d'œuvres en habilitant l'auteur à contrôler et percevoir des droits sur chaque acte d'accès et d'utilisation de l'œuvre.

1. Vers un autre modèle économique d'accès aux œuvres ?

Dans l'environnement analogique, l'accès à l'œuvre par le public et sa consultation ne nécessitent aucune autorisation de l'auteur. Lire un livre, voir un film, assister à un spectacle, regarder des œuvres plastiques n'implique généralement aucun acte soumis au droit d'auteur, qu'il s'agisse d'un droit de reproduction ou de communication au public. Par contre, il va sans dire que les autorisations nécessaires à l'exploitation de l'œuvre, telles que l'exposition dans un musée, l'impression d'un manuscrit, la distribution d'un film en salles, la mise en scène d'une pièce de théâtre, doivent être dûment sollicitées par l'exploitant en amont de l'utilisation finale de l'œuvre. En somme, le consommateur ou l'utilisateur final n'est a priori pas redevable de droit d'auteur sur l'accès à l'œuvre, le prix de cet accès ne constituant qu'une rémunération due à l'exploitant ou au distributeur de l'œuvre.

Le contexte d'utilisation des œuvres et des contenus culturels est radicalement différent dans le monde des réseaux numériques tel qu'Internet. D'une part, parce que le prix payé pour l'acquisition de l'œuvre se transforme en prix payé pour l'accès et l'utilisation. D'autre part, parce que ce prix est généralement payé directement au titulaire de droit et non plus seulement au distributeur en contrepartie de son service. Ce changement est la conséquence directe de deux caractéristiques essentielles d'Internet et des réseaux numériques: la dématérialisation et la désintermédiation.

La dématérialisation ou disparition du support est le premier caractère marquant de l'environnement digital. Sur Internet, la consommation des œuvres ne se réalise plus forcément par l'acquisition du support. En effet, si l'acquisition de l'œuvre s'effectue encore parfois par l'achat d'un support matériel ou le téléchargement d'un fichier, il devient de plus en plus courant de payer pour un usage déterminé, pour un accès limité à l'œuvre. On peut ainsi verser une certaine somme pour écouter un morceau de musique ou visionner quelques photographies. Cette somme d'argent pourra être fonction du nombre d'écoutes ou de visions autorisées, du nombre de copies ou d'impressions permises. Plutôt que d'acquérir l'ensemble d'une base de données, le prix d'accès à celle-ci variera selon le nombre d'informations que l'on souhaite consulter. Plus besoin d'acheter un livre dans une librairie, le prix de la lecture peut vous être facturé à chaque nouveau chapitre. Plus besoin d'acheter les dix disques reprenant vos derniers dix tubes préférés, faites votre marché sur le site web d'un distributeur qui soit vous permettra de télécharger les seuls morceaux qui vous intéressent, soit vous "vendra" un abonnement d'écoute d'une certaine durée ou limité à un certain nombre d'auditions.

De l'accès nécessaire à un exemplaire de l'œuvre dans le monde analogique, on passe désormais à l'accès à l'œuvre elle-même. Comme l'ont montré les logiciels, premiers produits littéraires de l'ère informatique, une seule copie de l'œuvre est susceptible de donner lieu à de multiples utilisations par différents utilisateurs, ceux-ci ne devant même plus être dans le même lieu au même moment. Jusqu'ici, les titulaires de droit contrôlaient la dissémination de leurs œuvres grâce au processus de fabrication d'exemplaires destinés à la vente. Ainsi ils pouvaient garder une certaine mainmise sur le nombre d'utilisateurs ayant accès à leurs œuvres, même si ce nombre n'était relatif qu'au marché primaire de l'œuvre, l'épuisement de leur droit de distribution les empêchant de maîtriser les reventes, prêts et autres accès se réalisant dans une étape secondaire de la vie de l'œuvre. Les œuvres informatiques et digitales distribuées en réseau résistent à cette fabrication d'exemplaires. Que la distribution de tels produits s'effectue en ligne ou non, la copie digitale est devenue facile et à la portée de tout utilisateur. L'auteur n'a donc plus réellement de prise sur le nombre d'exemplaires de son œuvre en circulation. On comprend donc que le titulaire de droit ou le distributeur des produits numériques souhaite gérer l'accès à son œuvre d'une manière qui lui garantisse à nouveau un certaine appréhension du nombre d'utilisateurs en possession d'un exemplaire.

D'autre part, la disparition des intermédiaires classiques implique que la distribution des œuvres sur les réseaux peut se réaliser directement du titulaire de droit à l'utilisateur. La rémunération du marché des œuvres repose de plus en plus sur l'utilisateur final. Plus besoin des intermédiaires traditionnels liés à la commercialisation et à l'exploitation des œuvres. La chaîne de distribution des œuvres est fracturée. Dans un face à face direct avec l'utilisateur, l'auteur endosse à la fois la casquette de titulaire de droits et celle du distributeur ou prestataire de services. Outre la protection de l'œuvre, l'auteur cherche de plus en plus à assurer une protection de l'accès à celle-ci.

D'une société où la culture se consomme principalement par l'acquisition des supports, l'on passe doucement vers une société où c'est l'accès et l'utilisation des biens culturels qui se vend et s'achète, un monde du 'pay-per-use', dans lequel chaque acte de consultation d'une œuvre sera mesurée, tarifée et facturée. C'est l'information qui se vend principalement, comme tout autre bien corporel et ce nouveau bien économique entraîne dans son sillage œuvres et autres objets soumis à la protection de la propriété intellectuelle. La valeur intrinsèque de l'information réside bien plus dans l'usage qu'on en fait que dans sa possession. Le prix devient donc tout naturellement fonction de l'utilisation de l'information bien plus que de son acquisition. Il en reste de même lorsque l'information constitue en réalité une œuvre littéraire et artistique. Garantir le contrôle de cette utilisation de l'œuvre et des conditions d'accès à celle-ci devient donc essentiel.

Contrat et mesures techniques constituent déjà deux mécanismes de garantie incontestables de cette gestion de l'accès. Un titulaire de droit peut distribuer son œuvre on line ou off line en concluant une licence avec les utilisateurs. *Shrink-wrap*³ ou *click-wrap* licence sont devenus un passage obligé pour

³ Les licences *shrink-wrap* sont les licences se trouvant dans l'emballage du logiciel que l'acheteur peut lire, grâce à la transparence de l'emballage, avant d'utiliser le programme. L'industrie informatique considère que l'ouverture du paquet équivalait à l'acquiescement aux termes de la licence. Par contre, si l'acheteur ne consent pas aux termes du contrat, il garde la possibilité de retourner le logiciel, toujours emballé, au vendeur. Les licences *click-wrap* ou *mouse-click* constituent l'équivalent de ces licences d'emballage lorsque le logiciel est distribué sur un réseau numérique. L'accès et l'utilisation du

l'accès et l'utilisation de logiciels. Dans la mesure où cette licence est généralement conclue en fonction du nombre d'utilisateurs de l'œuvre, l'auteur retrouve quelque peu la maîtrise qu'il détenait lors de la fabrication d'exemplaires. Mieux encore, chaque copie de l'œuvre ainsi distribuée sous forme numérique peut être sécurisée par un mécanisme technique qui soit conditionne l'accès au contenu, soit restreint l'utilisation ou la réalisation de copies. Le prix ne devient plus alors fonction de l'acquisition d'un exemplaire de l'œuvre mais dépend du nombre d'utilisateurs ou de l'étendue de l'utilisation permise.

Mais contrats et mesures techniques, même s'ils permettront de plus en plus de sécuriser chaque utilisation de l'œuvre, n'accordent pas la protection absolue et opposable à tous que confère le droit d'auteur. Le contrat n'a d'effets qu'entre parties et l'effet de la technologie est limité à la copie sur laquelle elle s'appose. Les titulaires de droit cherchent donc à ancrer dans le droit d'auteur ce contrôle de l'accès. Les auteurs ne réclament pas un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire l'accès à leurs œuvres. Toutefois, d'autres indices de cet intérêt pour l'accès à l'œuvre se retrouvent dans divers développements récents de la propriété littéraire et artistique. Ainsi les litiges relatifs aux hyperliens ne démontrent-ils pas une volonté des auteurs de décider quelle route d'accès les utilisateurs doivent suivre ? Un autre exemple est le *caching*. La directive sur le commerce électronique prévoit d'exonérer de toute responsabilité les opérateurs des *proxy cache* sous plusieurs réserves dont le respect des conditions d'accès au contenu. Même si ces dispositions sont générales et visent de nombreux cas de contenus illicites, on peut y reconnaître une demande des auteurs. Si ces derniers ont déterminé des conditions spécifiques à l'accès à leur œuvre, telles que le paiement d'un prix forfaitaire ou proportionnel à l'usage, une souscription à un abonnement, un mot de passe, le remplissage d'un formulaire de marketing, il s'agit d'empêcher que les utilisateurs ne puissent outrepasser ces limites en trouvant l'œuvre librement accessible sur un site miroir.

Plus fondamentalement, le droit de reproduction provisoire et la protection légale des mesures techniques offrent à l'auteur les deux normes juridiques suffisantes pour légitimer leur gestion de l'accès et de l'utilisation. C'est vers l'étude de ces deux développements que nous allons maintenant nous tourner.

2. Vers un autre modèle juridique d'accès aux oeuvres

2.1. Le droit de reproduction provisoire et le contrôle de l'accès

Dans l'environnement numérique, l'accès à une œuvre sur les réseaux nécessite la réalisation de nombreuses copies fugitives. Ainsi une diffusion en ligne implique nécessairement une multitude d'actes de fixation provisoires à la fois sur les ordinateurs des utilisateurs et sur les serveurs et autres systèmes de transmission utilisés par les intermédiaires techniques.

programme sont ici conditionnés par l'acceptation du contrat de licence réalisée en 'clicquant' sur un icône avec sa souris informatique. La validité de ces deux types de licences sont diversement appréciées en doctrine et en jurisprudence. Voir B. TROMPENAARS, "Legal support for online contracts", in *Copyright and electronic commerce*, B. HUGENHOLTZ (ed.), Kluwer Law International, Information Law Series 8, 2000, p. 165-227.

Chaque accès à une œuvre informatique ou en réseau réalise un acte de reproduction temporaire sur la mémoire vive de l'ordinateur de l'utilisateur. Ainsi, que je souhaite jouer à un jeu vidéo stocké sur mon ordinateur ou consulter des images sur Internet, ces œuvres seront copiées sur la mémoire RAM de mon système pour la durée nécessaire à mon utilisation. Dès que ma machine s'éteint, la copie provisoire disparaît.

Considérer cette copie volatile comme un acte soumis au droit d'auteur entraîne que chaque accès, chaque utilisation d'une œuvre serait du ressort du titulaire de droit. Certains craignent que l'acte même de lecture d'un livre devienne contrôlé par l'auteur⁴, les germes de ce contrôle se trouvant dans l'insertion de la reproduction provisoire dans le champ du droit de reproduction⁵ soit aux Etats-Unis par la jurisprudence⁶, soit, comme c'est le cas en Europe, par un texte législatif.

Cette extension du droit de reproduction à toute fixation éphémère s'est réalisée par étapes dans le droit de l'Union Européenne, de la première apparition dans la directive sur la protection des logiciels⁷ et dans celle sur les bases de données⁸, jusqu'à sa confirmation pour l'ensemble des œuvres dans la récente proposition de directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information⁹.

2.1.1. Les directives logiciels et base de données

a) La reproduction provisoire comme partie intégrante du droit de reproduction

"A la différence d'autres formes de création littéraire, un programme d'ordinateur ne peut accomplir sa fonction que s'il est *reproduit*". Cette phrase de l'exposé des motifs de la Directive du 14 mai 1991 sur la protection des programmes d'ordinateur est la première manifestation en droit d'auteur d'une emprise de

⁴ J. LITMAN, "The exclusive right to read", *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 1994, p. 42.

⁵ A. LUCAS, Droit d'auteur et numérique, Droit@Litec, Paris, 1998, p. 126, n° 256; Y. GENDREAU, "Le droit de reproduction et l'Internet", *R.I.D.A.*, octobre 1999, n°178, p. 41-43.

⁶ MAI Systems Corp. V. Peak Computer Inc., 991 F.2d 511 (1993)

⁷ Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, J.O. n° L 122 du 17/05/1991 p. 0042 - 0046

⁸ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, J.O. n° L 077 du 27/03/1996 p. 0020 - 0028

⁹ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM(1999) 250 final du 21 mai 1999; Position commune du 8 juin 2000. La position commune du 8 juin 2000 qui constitue la dernière version du texte de la proposition de directive n'a été publiée que peu de temps avant ce clotûrer cette publication. Il n'en est donc tenu compte que de manière sommaire.

l'auteur sur l'utilisation d'une œuvre. Le débat est bien connu. Il tient à la spécificité des logiciels, œuvres essentiellement techniques et utilitaires, et aux conséquences que celle-ci implique sur leur protection par le droit d'auteur. En effet, les programmes d'ordinateur sont probablement les premiers produits de la société de l'information et, à ce titre, les premières œuvres à pouvoir être utilisées en réseau. En outre, en raison du caractère technique de ce type d'œuvres, l'utilisation nécessite que certains éléments soient reproduits dans la mémoire vive de l'ordinateur. Or, l'intérêt commercial d'un logiciel réside principalement en son utilisation. Qu'un même exemplaire d'un livre soit lu par plusieurs personnes ne cause pas un préjudice important à l'auteur dans la mesure où ces autres lecteurs sont susceptibles d'acquérir également le livre. En outre, le livre ne peut être lu par différentes personnes simultanément à la différence du logiciel qui peut être utilisé par de nombreux utilisateurs en même temps. Si plusieurs utilisateurs peuvent bénéficier d'une même copie d'un logiciel à chaque fois qu'ils ont besoin d'utiliser le programme, a priori rien ne les incitera à en acquérir une autre copie.

Ce sont autant d'arguments qui ont justifié l'introduction de la reproduction temporaire dans la sphère du monopole de l'auteur du logiciel, l'objectif premier étant d'éviter qu'à partir d'une seule copie, plusieurs ordinateurs connectés puissent bénéficier du programme.

En conséquence, le droit de reproduction¹⁰ est défini par l'article 4 de la directive comme: "*la reproduction permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur, en tout ou en partie, par quelque moyen que ce soit*". La même disposition est reprise dans les transpositions nationales du texte. La directive poursuit: "*lorsque le chargement, l'affichage, le passage, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une telle reproduction du programme, ces actes de reproduction seront soumis à l'autorisation du titulaire du droit*". En conséquence, seront soumis à l'autorisation de l'auteur tout accès et utilisation d'un programme d'ordinateur, qu'il s'agisse d'un accès initial ou d'un accès ultérieur à un exemplaire à la condition que ces actes d'utilisation et/ou d'accès impliquent un acte de reproduction, même éphémère, de l'œuvre.

C'est ce même objectif de garantir l'intérêt économique qui sous-tend l'utilisation d'œuvres techniques et utilitaires, qui justifiera quelques années plus tard l'adoption d'une solution similaire dans la directive sur la protection juridique des bases de données. Dans sa partie relative au droit d'auteur, la directive soumet les actes de reproduction provisoire au droit exclusif en reprenant le texte de la directive sur les logiciels.

b) L'exception pour utilisation légitime

Afin de limiter les effets, à certains égards absurdes et indésirables¹¹, de l'inclusion de la reproduction provisoire dans la définition du droit de reproduction, le législateur européen a assorti cette

¹⁰ A. STROWEL, J.P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Cahiers du CRID n° 11, Bruylant/Story-Scientia, 1997, p. 171, n°250.

¹¹ L'utilisateur doit en principe obtenir l'autorisation du titulaire de droit pour chaque acte d'utilisation du logiciel ou de la base de données pourtant légitimement acquise.

reconnaissance d'une exception couvrant les actes d'utilisation. L'article 5 alinéa 1 de la directive logiciels dispose que *"sauf dispositions contractuelles spécifiques, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes prévus à l'article 4 points a) et b) lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination"*. Il s'agissait en effet d'éviter que l'utilisation d'un programme licitement acquis se trouve à chaque fois conditionnée par la volonté de l'auteur. La directive sur les bases de données exempte de manière similaire *"tous les actes qui sont nécessaires à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale par lui-même sans l'autorisation de l'auteur de la base"*.

Le système instauré est finalement le suivant: les actes de reproduction provisoire sont en principe soumis à l'autorisation du titulaire de droit; toutefois, ceci ne peut empêcher la personne qui possède une copie légitime du programme ou de la base de l'utiliser conformément à sa destination. Traduisons ce système en termes d'accès : si l'accès au logiciel ou à la base nécessite la réalisation d'une copie, même volatile -et ce sera le cas dans l'environnement numérique-, l'auteur est en droit d'autoriser ou d'interdire cet accès. Si le premier accès est légitime, les copies provisoires ultérieures, notamment celles résultant d'accès répétés à l'œuvre, seront exemptées dans la mesure où elles font partie d'une utilisation normale.

L'exception permet donc à "l'acquéreur légitime" du logiciel ou à "l'utilisateur légitime" de la base de données d'accéder et d'utiliser normalement le logiciel. Ceci dit, les conditions d'application de cette exception sont relativement vagues. Qu'entend-on par "acquéreur" ou "utilisateur légitime" ? Par "manière conforme à sa destination" ?

Dans une première version de la directive sur les logiciels, alors au stade de la proposition, le texte distinguait "l'acquéreur légitime", considéré comme l'acheteur d'une copie du programme, de "l'utilisateur légitime", appellation qui visait l'utilisateur lié par un contrat de licence relatif au programme¹². Cette distinction a disparu par la suite du texte, bien que d'autres exceptions prévues à l'article 5 évoquent "la personne qui a le droit d'utiliser le programme". Dès lors, l'acheteur, le licencié ainsi que toute personne qui se trouve légitimement en possession d'un exemplaire du programme peuvent être qualifiés d'acquéreur légitime¹³. Dans la directive sur les bases de données, on ne parle plus d'acquéreur légitime mais d'*utilisateur légitime*. L'entrée dans l'environnement des réseaux numériques a marqué l'adoption du texte: un considérant énumère divers modes d'utilisation légitime, de la mise à disposition par l'auteur d'une copie de sa base de données, au service en ligne et à tout autre forme de distribution. Plus besoin d'acquiescer désormais une copie de la base de données, l'accès en ligne devenant probablement à l'avenir le mode d'acquisition par défaut des informations.

Une question essentielle est de déterminer la légitimité de l'acquisition ou de l'accès à l'œuvre informatique. Si la directive logiciel reste muette à cet égard, celle sur les bases de données comble ce manque en précisant que l'utilisateur sera légitime lorsque le titulaire du droit d'auteur a mis à sa disposition une copie de sa base de données, soit par un service en ligne, soit par une autre forme de

¹² voir la critique de cette distinction in M. BRIAT, Ph. GAUDRAT, F. TOUBOL, "Europe des logiciels : au menu P.L.A. du chef à la mode bruxelloise", *D.I.T.*, 1989/2, p. 75

¹³ A. STROWEL & J.P. TRIAILLE, op. cit., note 12, p. 177, n° 263.

distribution¹⁴. Ainsi la légitimité de l'utilisation reste du seul ressort du titulaire de droit par le biais de son droit de distribution. La directive n'évoque pas d'autres cas dans lesquels l'utilisateur aurait légitimement accès à une base de données.

L'article 20 quater de la loi belge du 30 juin 1994, modifiée par la loi de transposition de 1998, définit plus précisément l'utilisateur légitime d'une base de donnée comme la *"personne qui effectue des actes autorisés par l'auteur ou admis par la loi"*. En conséquence, non seulement le bénéficiaire d'un contrat de licence conclu avec le titulaire du droit mais également toute personne tenant la légitimité de son utilisation de la loi même sera considérée comme utilisateur légitime. L'exposé des motifs de la loi cite l'exemple d'un emprunt d'une copie de la base dans le cadre d'un prêt public autorisé par la loi ou encore la mise à disposition de la base suite à une vente entre particuliers ou à un don privé. Dans ce dernier cas en effet, le droit de distribution dont jouissait le titulaire s'est épuisé dès la première vente, tout nouveau transfert de propriété de la base échappant dès lors au droit d'auteur¹⁵.

Cette définition paraît logique et plus juste que celle avancée par la directive même. Elle est même plus large que celle de la directive qui n'envisage pas le cas d'un accès résultant d'une exception au droit d'auteur. Dans la mesure où la directive ne prévoit pas les cas d'acquisition résultant de la loi, on pourrait craindre que l'auteur, sous prétexte du droit de reproduction provisoire entrave l'utilisation d'un logiciel ou d'une base de données pourtant légitimement acquise dans le cadre d'une exception. Quel sens aurait encore le prêt public si l'auteur peut interdire à l'emprunteur d'utiliser son œuvre ? A contrario, la loi belge permet d'éviter de limiter l'exercice d'une exception admise par la loi par le retour soudain du titulaire de droit brandissant le droit de reproduction provisoire. Le législateur belge ne laisse donc pas tout pouvoir au titulaire de droit et au contrat.

c) Critiques : d'une protection de l'œuvre à la protection du service

Cette innovation de la protection des logiciels, suivie quelques années plus tard par les bases de données, a soulevé de nombreuses critiques. On a notamment pu désapprouver la technique législative par laquelle on introduit un nouveau droit aux conséquences très larges et dans une certaine mesure, non désirées, tout en insérant une exception pour corriger à l'instant ces effets indésirables¹⁶.

Certains auteurs ont également reproché à la directive logiciels d'introduire une confusion entre droits de l'auteur et contrôle de la commercialisation du programme: *"Juridiquement, [cette solution] a l'inconvénient d'officialiser le caractère sui generis du monopole au mépris des grandes déclarations liminaires sans, pour autant, prendre toute la mesure de l'innovation introduite : pourquoi créer un droit autonome de contrôler la commercialisation dès lors que, même sans duplication, tout contrat permettant*

¹⁴ Considérant 34 de la directive.

¹⁵ Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, Exposé des motifs, Chambre, 1997-1998, n° 1535/1

¹⁶ A. LUCAS, op. cit. , p.175 , n° 347

une utilisation autre que celle prévue, réalise une exploitation nouvelle soumise à autorisation ?"¹⁷. Dans le même sens, J.P. Triaille critique l'extension du rôle du droit d'auteur vers un domaine qui lui est a priori étranger, celui de l'utilisation des œuvres¹⁸. C'est en effet parce que les firmes informatiques souhaitent accorder des licences d'utilisation en fonction du nombre d'utilisateurs réels et non en fonction de la simple vente d'une copie que la reproduction provisoire a dû être introduite en droit d'auteur. Du contrôle des copies, traditionnel en droit d'auteur, on est passé au contrôle des utilisations.

En matière de base de données, Triaille étend sa critique en relevant, à juste titre, la confusion opérée entre *"les prérogatives du producteur en tant que titulaire des droits d'auteur (qui justifient qu'il puisse interdire la reproduction de sa base de données sur un support ou les systèmes d'un tiers), et ses droits en tant que prestataire d'un service, offert à des utilisateurs moyennant paiement (d'un abonnement ou d'un prix d'accès). Il est certain que le producteur peut interdire la consultation de la banque; mais ce n'est pas en vertu de ses droits d'auteur, c'est parce qu'il propose un service sur base d'un contrat bilatéral"*¹⁹. Triaille poursuit ici une réflexion entamée dans les années 80 à propos des programmes d'ordinateur suivant laquelle la qualification des contrats de licence de logiciels relève de la prestation de service, même si le logiciel peut être qualifié de biens²⁰. Le cas de la base de données est particulièrement significatif d'une telle confusion. La base, même sous format digital, reste un bien²¹. Par contre la fourniture de l'accès à la base de données consiste en un contrat de prestation de services. On peut même généraliser ce principe à l'ensemble des œuvres numériques dont la distribution s'effectue sur les réseaux de communication. L'œuvre est un bien tandis que sa mise à disposition électronique relève de la qualification de services. Vouloir protéger la distribution et la fourniture de cet accès par le droit de reproduction provisoire équivaut, selon nous, à protéger le contrat de services et non l'œuvre elle-même.

2.1.2. La proposition de directive sur le droit d'auteur

a) La reproduction provisoire dans la logique de la responsabilité des intermédiaires

La proposition de directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information enfonce la brèche ouverte par les directives précédentes et reconnaît pour tous types d'œuvres le droit de l'auteur de s'opposer à leur reproduction provisoire. Toutefois la logique est ici bien différente. Il ne s'agit plus seulement de protéger la commercialisation *on line* des œuvres mais bien de soumettre à autorisation chaque acte séparé de transmission des œuvres sur les réseaux. On peut à ce titre considérer cette partie de la directive comme

¹⁷ M. BRIAT, Ph. GAUDRAT, F. TOUBOL, op. cit. note 13, p.74

¹⁸ J.P. TRIAILLE, *La protection des logiciels*, Etude réalisée pour l'OCDE, février 1991, p. 45.

¹⁹ Ibidem, p.48

²⁰ P. POULLET, "Contrats portant sur la fourniture de logiciels", in *Le droit des contrats informatiques. Principes – Applications*, Précis de la Faculté de Droit de Namur, n° 4, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 336-360; Y. POULLET, "Les contrats télématiques face au droit communautaire", in *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, 1988, G, p.7, n°18

²¹ Cette question est controversée. Voir E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, n° 21, Presses Universitaires de Namur, 1998, p. 239-260

une solution d'attente à la problématique de la responsabilité des intermédiaires du réseau. Il s'agissait, du moins dans le texte initial de la proposition, de pouvoir responsabiliser les opérateurs du réseau lorsqu'ils transportent, donnent accès ou hébergent des contrefaçons du droit d'auteur. Dans la mesure où chacun de ces actes nécessaires à la transmission des œuvres implique la réalisation d'une copie transitoire, soumettre cette reproduction éphémère au monopole de l'auteur semblait une stratégie pertinente. Cependant, la responsabilité des intermédiaires est désormais réglée par la directive sur le commerce électronique. Est-il encore utile de régler cette responsabilité par le moyen de la copie provisoire ?

L'inclusion de la reproduction temporaire s'accompagne d'une exception qui, dans les premières versions de la directive²², ne faisait plus du tout référence à l'acquéreur ou utilisateur légitime. Ainsi étaient exemptés *"les actes de reproduction provisoires, tels que les actes de reproduction transitoires et accessoires, qui constituent une partie intégrante et indispensable d'un procédé technique, y compris ceux qui facilitent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une œuvre ou d'un autre objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante"*.

Le texte répondait à la logique des copies provisoires techniques réalisées par les intermédiaires.

La position commune distingue désormais deux hypothèses. Les actes temporaires de reproduction, transitoires ou accessoires, seront exemptés lorsqu'ils constituent une partie intégrante et indispensable d'un procédé technique dont le seul objet est soit de permettre la transmission par un intermédiaire d'une œuvre dans un réseau, soit de permettre un usage légitime de l'œuvre. Le cas de la responsabilité des intermédiaires est donc clairement dissocié du cas de reproduction provisoire nécessitée par l'usage de l'œuvre.

Dès lors, l'utilisation et la consultation des œuvres sont désormais théoriquement soumises au monopole du droit d'auteur à moins de répondre aux conditions de l'exception.

b) Le régime de l'accès et de la reproduction provisoire dans la proposition de directive

Les actes de reproduction provisoire seront exemptés du droit de reproduction à condition qu'ils:

- fassent partie intégrante et indispensable d'un procédé technique permettant une utilisation d'une œuvre ou une transmission de l'œuvre sur un réseau;
- et qu'ils n'aient pas de signification économique indépendante.

Dès la transposition de la directive dans les législations nationales, les titulaires de droit disposeront donc de l'arme théorique pour contrôler l'accès à l'œuvre dès lors que cet accès impliquera la réalisation d'une reproduction même volatile. En tout cas, les actes de *browsing* et de consultation des œuvres sur Internet ne pourront selon toute vraisemblance être exemptés que dans le cas où ces actes répondent aux

²² Article 5, (1) de la proposition de directive, version modifiée du 21 mai 1999.

conditions de l'exception. Il n'y a donc pas d'exonération générale pour ces actes de "lecture" de l'œuvre. L'utilisation et l'accès sont donc désormais clairement rentrés dans le champ du droit de l'auteur.

Bien entendu un certain nombre d'accès bénéficieront de l'exception s'ils ne présentent pas le caractère d'une signification économique indépendante et que cet accès prend place dans le cadre d'une utilisation légitime de l'œuvre. Néanmoins, il faut admettre que les conditions posées à l'application de l'exception sont loin d'être claires. Ainsi, les notions de "signification économique indépendante" et de "partie intégrante et indispensable d'un procédé technique", conditions supplémentaires outre la légitimité de l'utilisation, sont particulièrement floues et seront sujettes en toute vraisemblance à d'innombrables controverses. On peut notamment se demander si la nouvelle portée de l'exception n'est pas plus restreinte que la simple notion d'utilisation légitime des directives précédentes. Le fait que ces conditions aient été pensées dans une logique d'actes techniques posés par les intermédiaires rend d'autant plus difficile leur appréciation dans le cadre de l'accès et d'une utilisation d'une œuvre.

Prenons par exemple la première condition de l'exception, soit le fait que la reproduction provisoire s'intègre dans le procédé technique indispensable de l'utilisation. S'agissant des intermédiaires techniques assurant la transmission des œuvres sur les réseaux, l'acte technique nécessaire consiste en la fixation volatile des données sur les points nodaux d'Internet ou routeurs, cette fixation ne subsistant que le temps de la transmission. Le cas du cache sera plus discutable dans la mesure où l'on pourrait discuter à l'infini de la nécessité technique des opérations de *proxy caching*. Les opérateurs de cache plaideront la nécessité technique sur base de l'affirmation qu'Internet ne pourrait que s'effondrer à défaut de la réalisation de telles copies systématiques.

Venons-en au *browsing* et autres actes d'accès aux œuvres. Techniquement ces actes ne peuvent s'effectuer sans qu'une copie volatile sur la mémoire vive de l'ordinateur n'intervienne. La première condition de l'exception sera donc généralement satisfaite en l'état actuel de la technique.

La portée de la signification économique indépendante est moins claire. Qu'entend-on par cette notion? L'indépendance doit-elle être relative à la signification économique de l'utilisation au profit de laquelle intervient la copie provisoire ? Dans ce cas, la copie provisoire ne pourrait avoir un effet autre sur le marché de l'exploitation de l'œuvre que l'utilisation première. Par exemple, les copies de transmission seront généralement exemptées car elles ne génèrent a priori aucun autre acte d'exploitation de l'œuvre.

Selon nous, la notion de signification économique indépendante ne sera pas différente de l'examen de la légitimité de l'utilisation. Effectivement, il semble suffisant qu'une personne ait payé le prix relatif à l'achat ou à la mise à disposition de l'œuvre pour que les actes ultérieurs d'utilisation de l'œuvre ne présentent pas une autre valeur économique que celle liée à l'acquisition. Il en va de même d'un utilisateur ayant accès à l'œuvre en ligne sur base d'un système d'abonnement au service. Par contre, si le prix du service est proportionnel à l'usage, chaque accès et consultation distincte revêtira une valeur économique propre et à ce titre pourra être contrôlé par l'auteur.

Par contre, consulter des œuvres sur Internet sans en payer le prix, ne pourrait être autorisé. Imaginons le cas d'un site Internet permettant l'écoute de morceaux de musique sans l'autorisation des ayants droit. Le droit de reproduction nouvellement défini habilitera désormais ceux-ci à poursuivre à la fois l'auteur du site et les visiteurs de celui-ci. En réalité, la simple consultation d'un site qui comprendrait des œuvres protégées de manière illégitime est susceptible de faire de l'utilisateur un contrefacteur.

Qu'en est-il en outre des actes liés à une utilisation qualifiée de légitime par la loi? Le considérant 23 de la directive précise qu'une utilisation sera considérée comme légitime lorsqu'elle est autorisée par l'auteur ou non limitée par la loi²³. L'examen des deux autres conditions de l'exception ne risque-t-il pas de limiter cette légitimité ? La transposition belge de la directive base de données prenait l'exemple du prêt public pour étendre l'exception pour reproduction provisoire à tous les actes accomplis suite à cette acquisition autorisée par la loi. L'utilisation de l'œuvre dans le cadre d'un prêt public ne pourrait-elle pas être considérée comme présentant un impact économique indépendant ?

L'adjonction de ces deux conditions supplémentaires nous semble compliquer le cas de l'utilisation légitime de manière injustifiée. La seule légitimité de l'utilisation ne suffirait-elle pas à exempter les actes ultérieurs et accessoires de reproduction ? On se calquerait alors sur le régime de la copie provisoire des directives logiciels et bases de données. Une interprétation dans ce sens de la proposition de directive sur la société de l'information impliquerait l'exonération de tous les actes d'utilisation et d'accès incidents à une mise à la disposition légitime. Cette solution aurait le mérite de la simplicité et de la sécurité juridique pour l'utilisateur. La condition supplémentaire inscrite dans la proposition de directive, qui associe le fait que la reproduction ait lieu au cours d'une utilisation de l'œuvre à l'idée de préjudice économique, permet certes de différencier les reproductions ayant une incidence économique sur l'exploitation normale des œuvres de celles ayant un caractère exclusivement technique, mais crée une incertitude quant aux critères de cette distinction. En outre, en soumettant la définition d'un droit exclusif à des critères relevant de la commercialisation des produits, elle renforce l'amalgame entre protection du droit d'auteur et protection du service des distributions, amalgame déjà en germe dans les directives logiciels et bases de données, ainsi que nous l'avons vu plus haut.

2.1.3. Conclusion sur le droit de reproduction provisoire

La directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information, une fois adoptée, viendra apporter la dernière pierre à l'édifice visant à la consécration d'un droit d'accès aux œuvres.

Le premier accès à une œuvre sera contrôlé par le droit de mise à la disposition à l'égard de la personne qui effectue cette "distribution", et par le droit de reproduction provisoire à l'égard de l'utilisateur. Sans épuisement du droit, ce contrôle s'étendra, en toute logique et d'ailleurs à juste titre, à tout acte de distribution secondaire des œuvres. Chaque accès et utilisation ultérieurs ne bénéficieront de l'exception que s'ils ne revêtent pas une signification économique indépendante.

Grâce au droit de reproduction provisoire, les titulaires de droit d'auteur disposent désormais de l'arme théorique pour poser les bases d'une société dans laquelle l'information ne deviendrait accessible que contre une rémunération proportionnelle à chaque usage, où chaque utilisation serait tarifée suivant un principe de *pay-per-use*. Ceci n'implique pas encore que les auteurs disposent d'un droit explicite de

²³ On peut également s'interroger sur cette formulation. Pourquoi ne pas dire simplement "autorisée par l'auteur ou par la loi" ? Prenons le cas d'une licence obligatoire. Est-ce une utilisation autorisée par la loi ou limitée par la loi ? L'exception est en effet autorisée mais dans les limites strictes de la licence obligatoire.

contrôler l'accès à leurs œuvres qui ancrerait cette nouvelle économie dans le normatif. Toutefois, si le droit de reproduction provisoire peut être considéré comme le premier pilier juridique fondant ce modèle économique de l'information basé sur l'usage et l'accès, la protection des systèmes techniques en sera certainement le second.

2.2. Mesures techniques de protection et contrôle de l'accès

2.2.1. Mesures techniques contrôlant l'accès

La numérisation et les réseaux sont certes une des plus grandes menaces que le droit d'auteur ait connu, mais simultanément la même technique apporte des solutions aux problèmes qu'elle contribue à créer. La rengaine est bien connue²⁴. Les mécanismes techniques ont d'abord cherché à contrôler et empêcher strictement la réalisation de copies d'œuvres. Il s'agit notamment des *Serial Copy Management Systems* développés parallèlement aux premiers systèmes d'enregistrement de sons digitaux (les DAT ou Digital Audio ...). Certains systèmes ont également été appliqués aux logiciels, tels les *dongles*, sorte de clé d'usage dont l'insertion dans l'ordinateur est requise avant tout acte d'exploitation du programme. Actuellement l'éventail des technologies susceptibles de jouer un rôle protecteur dans la distribution et l'usage des œuvres s'est élargi et diversifié. On verra probablement bientôt des *super-systèmes* dont les multiples fonctions contribueront à complètement protéger, exploiter et gérer les contenus digitaux. Ce sont notamment les *Electronic Copyright Management Systems*, conjonction des plusieurs fonctions techniques, telles que paiements électroniques, système d'accès conditionnel, cryptographie, agents électroniques permettant la conclusion de licences électroniques, *watermarking*²⁵, facturation électronique, etc...

Certaines mesures techniques ne font qu'exercer techniquement des droits reconnus à l'auteur par la loi, tels que le droit de reproduction, le droit d'intégrité ou de paternité. Mais de plus en plus d'outils techniques permettent, au-delà du droit d'auteur, de bloquer ou de conditionner l'accès à une œuvre. De nombreux systèmes ont été mis au point en vue de garantir et sécuriser l'accès soit à une œuvre, soit à un ensemble d'œuvres, soit à un service comprenant notamment des œuvres protégées. Désactiver le mécanisme de contrôle d'accès se réalise soit par paiement, soit lorsque les autres conditions de la licence conclue avec les titulaires de droit auront été remplies. Le dispositif d'accès peut ne contrôler qu'un

²⁴Ch. CLARK, "The answer to the machine is in the machine", in P.B. HUGENHOLTZ (ed.), *The future of copyright in a digital environment*, The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 139 et s.; M. LEDGER & J.P. TRIAILLE, Dispositions contre le contournement des dispositifs techniques de protection", in *Copyright in Cyberspace*, ALAI Study Days, Amsterdam, June 1996, Ed. ALAI, 1997. Voir également le rapport général de A. LUCAS dans le même ouvrage.

²⁵ Pour une définition du watermarking et ses rapports avec le droit d'auteur, voir S. DUSOLLIER "Le droit d'auteur et son empreinte digitale", *Ubiquité*, n°2, Mai 1999, p. 31-45.

accès initial et ensuite laisser l'œuvre libre de toute utilisation ou vérifier, à chaque nouvel accès, le respect des conditions. L'accès peut également être facilement différencié selon le type d'utilisateur, ce qui constitue un grand avantage de ces systèmes. Par exemple, une université peut avoir obtenu un accès contre un prix forfaitaire à une œuvre ou une collection d'œuvres pour un certain nombre d'étudiants et pour une durée d'une année. Le système vérifiera dans ce cas l'existence de la clé de décryptage sur les ordinateurs de l'université ou l'utilisation du mot de passe convenu contractuellement, voire l'identité de l'étudiant. A l'inverse, la même technologie peut accorder des accès répétés à un particulier en échange d'un paiement renouvelé, notamment proportionnel à la fréquence d'utilisation.

Les technologies remplissant cette fonction sont nombreuses : cryptographie, mots de passe, *set-top-boxes*, *black-boxes*, signatures digitales, enveloppe numérique. Le procédé de cryptographie est bien connu. En matière de protection du droit d'auteur, cette technologie est principalement utilisée pour sécuriser les transmissions sur les réseaux des œuvres et pour empêcher l'accès à l'œuvre à toute personne non autorisée. La fourniture de la clé de décryptage se réalise moyennant paiement du prix ou respect des autres conditions auxquelles est subordonnée l'utilisation de l'œuvre.

En matière de cryptographie et d'accès sécurisé, la technique n'épouse plus parfaitement les prérogatives de l'auteur. Il ne s'agit plus seulement de renforcer l'effectivité des droits exclusifs, droit de reproduction, de communication ou droit moral par exemple, par le fait de la technique mais bien d'exercer de manière automatisée la gestion d'un service de distribution de contenus digitaux, qu'ils soient protégés par le droit d'auteur ou non.

Le contrôle de l'accès aux œuvres fait partie de cette protection de fait garantie par la machine. Dès lors, les auteurs disposent bel et bien des outils nécessaires au contrôle de l'accès et de l'usage de leurs œuvres. Mais au-delà du contrôle ainsi garanti par la technique, le législateur, tant international qu'europpéen, a mis en place une protection de ces technologies qui enracine définitivement ce pouvoir de fait dans le droit.

2.2.2. Mesures techniques et protection juridique : vers un droit d'accès ?

a) La protection des mesures techniques dans le cadre du droit d'auteur

Le droit d'auteur sur Internet et autres réseaux numériques est vulnérable, cela va de soi et la technique, même si elle peut réduire une grande partie de cette vulnérabilité, n'est elle-même pas invincible. La machine peut défaire la machine: chaque dispositif technique de protection sur Internet court le risque d'être déjoué et contourné. En conséquence, les industries du contenu n'ont eu de cesse, depuis l'ouverture des négociations à l'OMPI jusqu'aux dernières modifications de la proposition de directive sur le droit d'auteur, de réclamer une protection juridiques des mécanismes techniques afin de sanctionner les actes de neutralisation et de désactivation de ceux-ci.

L'idée était d'organiser cette protection au sein même du droit d'auteur. Les Traités adoptés à la conférence diplomatique de l'OMPI de 1996 furent les premiers textes de portée internationale à consacrer une telle protection. L'article 11 du Traité sur le droit d'auteur précise ainsi que *"les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique et appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le*

cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi".

Ce texte des Traités ne concerne à première vue que les mesures techniques mises en œuvre pour protéger directement un droit exclusif de l'auteur ou du titulaire de droits voisins, particulièrement le droit de reproduction, le droit de communication au public. Le texte parle de dispositifs technologiques en termes d'exercice des droits des auteurs et de restriction d'actes non autorisés par l'auteur ou par la loi.

Il a été régulièrement répété lors des discussions de ces textes²⁶ que les actes hors du champ du droit d'auteur, qu'il s'agisse d'exceptions ou d'activités non couvertes par les droits exclusifs, ne devraient pas entraîner l'application des sanctions. Rien ne semble donc permettre que les technologies qui restreignent l'accès aux œuvres soient protégées par ce texte, le contrôle de l'accès n'étant pas un droit exclusif de l'auteur. Cependant, de nombreux pays en ont décidé autrement²⁷. C'est clairement le cas des Etats-Unis qui, à côté d'une protection des mesures technologiques qui protègent effectivement un droit exclusif de l'auteur, ont instauré une protection, plus large encore, pour les dispositifs technologiques qui contrôlent l'accès aux œuvres protégées. Le texte américain dépasse le cadre des traités OMPI qu'il entend pourtant transposer, en ce qui concerne les dispositifs d'accès aux œuvres²⁸. Le projet de transposition australienne des textes de l'OMPI est encore plus net puisque la protection porte sur les seuls dispositifs d'accès, et non les technologies renforçant l'interdiction de copie ou de communication des œuvres. Ainsi, l'*Australian Bill* de 1999 s'applique aux "*device or product (...) that is designed to prevent or inhibit the infringement of copyright subsisting in a work or other subject-matter if, in the ordinary course of its operation access to the work or other subject matter protected by the measure is available solely by use of an access code or process (...) with the authority of the owner or licensee of the copyright in the work or other subject-matter*"²⁹ (nous soulignons).

La définition européenne est plus ambiguë. L'article 6 de la proposition de directive harmonisant certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information dispose :

Les Etats membres prévoient une protection juridique appropriée contre la neutralisation non autorisée de toute mesure technique efficace que la personne exécute en sachant ou en ayant des raisons valables de penser qu'elle poursuit cet objectif.

Les mesures techniques visées par le texte sont ensuite définies comme "*toute technique, dispositif ou élément qui, dans le cadre normal de leur fonctionnement, sont destinés à prévenir ou à empêcher la réalisation d'actes, qui ne sont pas autorisés par le titulaire de droit d'auteur ou droit voisin du droit*

²⁶ Voir Comptes Rendus Analytiques (Commission Principale I), établis par le Bureau international, WIPO Document CRNR/DC/102 (26.8.1997), n° 518, 523, 535-537

²⁷ S. DUSOLLIER & A. STROWEL, *La protection légale des systèmes techniques*, Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 6 – 7 décembre 1999.

²⁸ J. GINSBURG, ce même Cahier.

²⁹ *Copyright amendment (Digital Agenda) Bill* of 1999; voir S. DUSOLLIER & A. STROWEL, *op. cit.*.

d'auteur tel que prévu par la loi ou le droit sui generis, prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil". A première vue, seuls sont ici visés les dispositifs techniques qui empêchent ou limitent l'accomplissement d'actes soumis au monopole exclusif de l'auteur, soit le droit de reproduction, de communication, ainsi que le droit moral.

Par contre, il est précisé, conformément avec le texte des traités OMPI, que seuls seront protégés les dispositifs *effectifs*, cette effectivité étant définie de manière telle qu'elle couvre également les systèmes d'accès aux œuvres. En effet *"les mesures techniques ne sont réputées efficaces que lorsque l'utilisation d'une œuvre ou celle d'un autre objet protégé sont contrôlées grâce à l'application d'un code d'accès ou de tout autre type de procédé de protection qui atteint cet objectif de protection de manière opérationnelle et fiable avec l'autorisation des ayants droit"* (nous soulignons).

La définition de l'effectivité adoptée dans la première mouture de la directive ne parlait que d'accessibilité à l'œuvre et non d'utilisation. On pouvait alors craindre que seuls les dispositifs autorisant l'accès à l'œuvre soient couverts. Ce qui aurait laissé hors de toute protection des mesures anti-copie ou dont la fonction se limitait strictement à garantir techniquement les droits exclusifs de l'auteur, tout en laissant un libre accès à l'œuvre³⁰. Une telle définition aurait été clairement à l'encontre des Traités de l'OMPI.

La version modifiée de la proposition a ajouté la notion d'utilisation, laissant place désormais à une vaste gamme de technologies. Le texte de la position commune a abandonné le terme d'accessibilité et ne parle plus que d'utilisation de l'œuvre. Toutefois, la technologie visée étant principalement le code d'accès et la cryptographie, il est en tout cas clair que les technologies d'accès sont visées également par la protection. En outre, la définition des mesures techniques n'évoque plus la violation du droit d'auteur mais bien la restriction d'actes non autorisés par l'ayant-droit. En conséquence, si l'acte d'accès n'est pas autorisé par l'auteur, quelque soit le statut de l'accès dans la loi sur le droit d'auteur, la mesure technique qui concrétise cette volonté de l'auteur sera protégée.

L'article 6 de la proposition de directive prohibe à la fois la neutralisation des mesures techniques en question et tout acte de fabrication et de commercialisation de dispositifs permettant un contournement. Interdire la neutralisation même des mesures techniques permettrait de sanctionner un utilisateur qui briserait la barrière technique pour avoir accès à l'œuvre. Qu'il accomplisse ou non, postérieurement à l'accès, des actes soumis à l'autorisation des titulaires de droit, importe peu³¹. Le simple accès, dans la mesure où il s'effectuerait moyennant la violation des mesures de sécurité, devient illicite.

Dès lors, dans l'interstice entre la technologie existante sur le marché et les dispositions législatives en interdisant la neutralisation, s'est déjà engouffré un quasi-droit d'accès. Sans être une prérogative

³⁰ S. DUSOLIER, "Electrifying the fence : the legal protection of technological measures for protecting copyright", [1999] *E.I.P.R.* 6, p. 285-297.

³¹ La Proposition de directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information institue, dans l'article 6 (4) de la position commune, un régime particulièrement complexe pour l'exercice des exceptions face aux mesures techniques. Nous n'en parlerons pas ici.

reconnue au titulaire de droit, la loi légitime et renforce la possibilité de recourir à un contrôle de fait de l'accès, contrôle pourtant hors du droit d'auteur.

L'existence d'une telle protection est lourde de conséquences. Par exemple, un jeu vidéo pourrait être vendu sur un CD-ROM intégrant une protection technique d'accès. L'acquéreur tout à fait légitime de ce jeu pourrait ensuite se voir opposer la barrière technique, soit après quelques parties, soit parce qu'il ne joue pas le jeu sur la plate-forme de la même marque, soit parce qu'il n'a pas acheté les mises à jour du jeu. Qu'il tente de désactiver la protection technique, et le voilà passible de poursuites.

b) Opportunité de la protection des mesures techniques

Cette extension du monopole de l'auteur à l'accès à son œuvre ne peut manquer d'étonner. On peut notamment s'interroger quant au fondement véritable de la protection des mesures technologiques. En effet, est-ce bien le droit d'auteur dont l'exercice et l'effectivité se trouve ainsi renforcé? N'est-ce pas plutôt la simple distribution de contenus éventuellement protégés par le droit d'auteur et sa rémunération qui forment l'objet principal de la protection ? Dans l'exemple du jeu vidéo, on peut admettre que le distributeur ou fabricant impose contractuellement des conditions d'acquisition de son produit, telles qu'un prix limité à un certain nombre d'usages ou l'obligation de jouer le jeu sur un certain standard. Outre la mise en cause de la responsabilité contractuelle de l'utilisateur, seules des dispositions de droit de la concurrence pourraient sanctionner de telles pratiques. Ceci dit, ces conditions mises à l'achat et à l'utilisation des œuvres n'appartiennent pas au domaine du droit d'auteur. Le passionné de jeux vidéos qui souhaite avoir accès au jeu en vue de son utilisation n'effectue aucun acte soumis au droit de l'auteur, sous réserve de ce que nous avons vu plus haut en matière de reproduction provisoire. Si le simple fait de franchir la barrière est prohibé, quels que soient les actes accomplis par la suite, qu'ils soient licites ou non, n'est-ce pas la barrière elle-même qui fait l'objet essentiel de la protection ? Citons Y. Gendreau : *"L'évolution a donc été rapide. Elle est aussi paradoxale : alors qu'on ne sait pas encore au juste quels actes sont visés par le droit de reproduction, on élabore déjà dans le cadre du droit d'auteur des systèmes exorbitants du droit d'auteur traditionnel pour les contrôler"*³².

Instaurer cette protection de l'accès par le biais de mesures techniques dans le cadre du droit d'auteur nous paraît procéder d'une confusion analogue à celle que nous avons relevée en matière de reproduction provisoire. Confusion entre objet du droit d'auteur et distribution et commercialisation de cet objet. Si certaines mesures techniques, telles que les systèmes anti-copie ou le *watermarking* protègent effectivement l'œuvre, objet de la protection du droit, les mécanismes d'accès appartiennent plus au domaine de la protection de la distribution des œuvres et de la prestation de services que constitue celle-ci.

Protection de l'accès aux œuvres et droit d'auteur ne peuvent en effet être confondus. Assurer l'accès à une œuvre et demander un paiement à ce titre n'est pas une prérogative du droit d'auteur mais s'inscrit en réalité dans le cadre de la prestation de services, du contrat intervenant entre le distributeur et l'utilisateur.

³² Y. GENDREAU, op. cit. note 6, p. 55

L'accès à l'œuvre constitue l'obligation principale du prestataire, dont la contrepartie réside dans l'obligation de l'utilisateur d'effectuer le paiement. En conséquence le système technique d'accès garantit plus la bonne exécution du contrat de fourniture de contenus digitaux que la protection de l'œuvre. Il y a donc confusion entre la protection du droit d'auteur et la protection du contrat de distribution, la commercialisation et le versement de la rémunération, entre l'objet du droit d'auteur et le service qui consiste à en fournir l'accès. Le choix du cadre réglementaire adéquat pour instaurer une protection de ces technologies a pourtant été le champ de la propriété intellectuelle, ce qui n'est pas sans mener à quelques incohérences. Mais cet amalgame mène également à une erreur stratégique.

Les technologies dont l'objectif est de permettre le contrôle de l'accès à un contenu, quel qu'il soit, qu'il soit protégé par le droit d'auteur ou non, constitueront à l'avenir une pierre fondamentale de la sécurité des réseaux et des modes de distribution électronique des biens et services. Qu'il s'agisse de protéger des œuvres ou tout autre type d'informations, la cryptographie et autres systèmes d'accès seront susceptibles de remplir de multiples fonctions telles que fidéliser clientèle, assurer le paiement de la rémunération prévue, collecter et traiter des données statistiques dans un but de marketing et de profilage, réaliser une segmentation du marché³³, garantir la sécurité de la communication et la confidentialité des données, ou encore sécuriser la transaction financière.

Les technologies actuellement utilisées poursuivent d'ailleurs souvent des objectifs commerciaux plus larges que la simple protection du droit d'auteur. Le système d'accès conditionne généralement moins l'accès à l'œuvre que la connexité entre celle-ci et l'appareil de lecture. Par exemple, Nintendo a conçu un mécanisme de cryptage dont la clé est insérée dans ses consoles. Seuls les jeux authentiques à l'exclusion des copies pirates peuvent donc être joués sur cet appareil. Bien sûr, le but est de protéger le droit d'auteur en combattant la piraterie mais le mécanisme de cryptage ne contrôle pas réellement l'accès au jeu Nintendo mais interdit la connexion entre jeux pirates et appareils de lecture. Un exemple plus flagrant est celui du DVD. La protection technique du DVD ou CSS (Content Scrambling System) repose sur la cryptographie. Chaque DVD est crypté et la clé de décryptage est insérée dans le dispositif de lecture. En conséquence, l'industrie cinématographique américaine vend d'une part ses films sur support DVD et d'autre part, licencie l'usage des clés de décryptage à l'industrie informatique et électronique. Si votre portable ou votre magnétoscope vous permet de visionner les DVD, cela signifie que Toshiba, Apple, Panasonic ou Sony ont acheté une telle licence.

Dans ce cas, la mesure technique ne protège pas seulement le film crypté³⁴ mais permet également de sécuriser le marché ainsi créé pour ces licences de DVD. Si le CSS contrôle l'accès à l'œuvre, c'est avant tout en assurant la connexité obligatoire entre un support et un licencié légitime de la technologie de lecture. Le DVD ne peut en conséquence être visionné que sur un appareil pourvu de la clé de décryptage dont le fabricant a acquis la licence.

³³ Cet objectif est déjà réalisé par certains systèmes techniques. Un exemple connu est la protection du DVD basée sur la cryptographie. Les clés de décryptage licenciées aux fabricants des appareils de lecture diffèrent selon le pays de commercialisation de ces appareils. En conséquence, il y a de grandes chances que vous ne puissiez visionner en Europe et sur un magnétoscope DVD européen le film acheté aux Etats-Unis. Une telle segmentation du marché ne serait bien évidemment pas possible au sein des pays de l'Union européenne.

³⁴ Le DVD incorporerait également un mécanisme empêchant la copie du film mais ce mécanisme diffère du CSS.

Une affaire américaine récente relative au DVD (Digital Vidéo Disc) illustre parfaitement cette confusion et les impasses dans lesquelles la protection des mesures d'accès risquent de se retrouver à l'avenir. Des internautes norvégiens ont réussi à décrypter le mécanisme de protection du DVD dans le but de pouvoir visionner les DVD sur le système d'exploitation Linux, qui ne souhaitait pas conclure une telle licence. Cette clé de décryptage a ensuite été largement diffusée sur Internet. Condamnés en référé³⁵, les sites web distribuant cette clé ont eu beau prétendre qu'ils n'avaient accompli aucun acte relevant des prérogatives du droit d'auteur, le simple fait d'avoir désactivé la protection d'accès et de mettre à disposition le mécanisme de contournement suffisait. La défense a notamment invoqué qu'ils étaient les acquéreurs légitimes d'une œuvre à laquelle ils ne pouvaient avoir accès sans contourner la mesure technique et sans disposer d'un mécanisme de contournement.

Ceci démontre bien que l'accès à des contenus sur Internet est parfois conditionné par d'autres intérêts que le strict droit d'auteur, ce qui souligne combien l'insertion dans les lois de propriété intellectuelle de protection des systèmes d'accès constitue une dérive, non seulement dangereuse pour l'équilibre du droit d'auteur mais également une source d'incertitudes pour les développeurs de telles technologies d'accès. En effet, les dispositions relatives aux mesures techniques d'accès pourront-elles être invoquées lorsque la technologie a servi d'autres buts que le strict respect du droit d'auteur ? Dans le cas du DVD, si les titulaires de droit, en l'occurrence l'industrie cinématographique américaine, n'avaient pas été associés à la vente des licences du CSS, les concepteurs et vendeurs de cette technologie auraient-ils pu invoquer seuls et avec le même succès les dispositions du Copyright Act relatives aux systèmes techniques ?

A ce titre, et parce que à la fois les prestataires de ces services diffèrent des auteurs et que les conditions d'accès au service se distinguent de celles du droit d'auteur, il eût été plus légitime de réserver la protection légale de l'accès technique aux contenus digitaux à d'autres cadres législatifs. D'autres logiques se sont en effet mises en place, notamment en droit de l'audiovisuel, qui permettraient de garantir une protection plus appropriée de l'accès aux services. La directive européenne sur la protection de l'accès conditionnel en est un exemple.

c) Une autre approche : La protection des mesures techniques par la directive sur l'accès conditionnel

Les technologies mises en œuvre par les auteurs ou par les distributeurs des œuvres sont également susceptibles de rentrer dans le cadre de la directive européenne du 20 novembre 1998 sur la protection juridique des services à accès conditionnel³⁶. La généalogie de cette directive remonte au Livre Vert de 1996 sur la protection juridique des services cryptés qui reconnaissait à la fois l'importance économique des services à accès conditionnel et les disparités de leur protection juridique dans les Etats membres.

³⁵ Notons que ce sont surtout les sites Internet offrant la clé de décryptage qui se sont retrouvés sur les bancs de la justice américaine.

³⁶ Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, J.O., n° L 320 du 28/11/1998 p. 0054 – 0057.

L'objectif de la directive est donc de suppléer à ce manque en introduisant dans l'arsenal législatif européen une protection d'une part des services fournis sur base d'un accès conditionnel et d'autre part des services assurant ce contrôle de l'accès.

Sont ainsi protégés les services de radiodiffusion télévisuelle ou sonore, ainsi que les services de la société de l'information pour autant qu'ils soient fournis moyennant paiement et sur la base d'un accès conditionnel, ce dernier étant défini comme *"toute mesure et/ou tout dispositif techniques subordonnant l'accès au service protégé sous une forme intelligible à une autorisation individuelle préalable"*. L'objet de la protection est donc ici l'accès au service. Rien n'empêche que les technologies contrôlant l'accès à des œuvres rentrent également dans le champ d'application de la directive.

En vertu de cette directive, sont interdites la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location ou la détention à des fins commerciales de dispositifs illicites, à savoir de *"tout équipement ou logiciel conçu ou adapté pour permettre l'accès à un service protégé sous une forme intelligible sans l'autorisation du prestataire de services"*, ainsi que l'installation, l'entretien ou le remplacement à des fins commerciales ou le recours aux communications commerciales pour promouvoir de tels dispositifs.

La protection est assez proche de celle prévue dans la proposition de directive sur le droit d'auteur. Les principales différences sont que seules les activités préparatoires sont visées et que le critère de protection des services est celui de la rémunération nécessaire de l'accès à ceux-ci. La qualité du bénéficiaire de cette protection diffère également. Si dans la directive sur le droit d'auteur, il s'agit du titulaire de droit sur les œuvres techniquement protégées, dans la directive sur l'accès, le demandeur dans le cadre d'une action en interdiction de dispositifs d'accès illicites ne pourra être que le fournisseur du service ou, dans le cas où la technologie d'accès est elle-même considérée comme le service, le fournisseur de celle-ci.

Toutefois ces différences ne suffisent pas à rejeter une action d'un titulaire de droit à l'encontre de mécanismes de décryptage permettant l'accès non autorisé à ses œuvres. En effet, les œuvres distribuées sur Internet le seront généralement dans le cadre d'un service dont l'accès sera autorisé contre rémunération. On peut imaginer un producteur de disque mettant son catalogue en ligne avec possibilité de télécharger certains produits, ou à un service de vidéo à la demande. Cet ensemble d'œuvres constituera dans la plupart des cas un service pouvant être compris dans la définition de la directive sur l'accès. Peu d'œuvres seront mises à la disposition des utilisateurs de manière isolée, notamment pour des raisons économiques.

La question de la couverture exacte du terme de services dans la directive sur l'accès n'est pas absolument claire. Il est bien fait référence à la directive "transparence"³⁷ qui a, une fois pour toutes, défini les services de la société de l'information, sans toutefois définir le terme même de services dans ce cadre. Il s'agit donc de se référer au droit communautaire général.

³⁷ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, JO L 204 du 21. 7. 1998, p. 37. Directive modifiée par la directive 98/48/CE (JO L 217 du 5. 8. 1998, p. 18).

Nous avons vu que dès l'apparition du logiciel, la doctrine³⁸ a qualifié la distribution de tels biens informatiques de services sans que cela remette en cause la qualification de l'œuvre elle-même. La directive relative aux bases de données affirme dans le même sens dans un de ses considérants: "considérant que la question de l'épuisement du droit de distribution ne se pose pas dans le cas de bases de données en ligne, qui relèvent du domaine des prestations de services"³⁹. Même si l'œuvre reste un bien, sa mise à disposition électronique relève de la qualification de services et à ce titre, du champ d'application de la directive sur l'accès conditionnel.

Imaginons la fourniture électronique d'informations rassemblées dans une base de données, qu'elle soit protégée par un droit d'auteur ou un droit sui generis. L'auteur ou le fabricant de la base peut décider de garantir l'accès à son service par un dispositif technique. Il pourrait en conséquence poursuivre les fabricants de mécanismes pirates à la fois sur base de la proposition de directive droit d'auteur et de la directive sur l'accès. Ici, l'auteur et le fournisseur du service se confondent ainsi que l'œuvre et le service.

Le fait que la protection bénéficie au fournisseur du service ou de la technologie même d'accès ne constitue pas plus un obstacle. En effet, de nombreux fournisseurs de services composés d'œuvres protégées seront titulaires des droits sur celles-ci. Ce seront les sociétés de phonogrammes, de l'audiovisuel et autres détenteurs de droits sur des contenus multimédia.

La cohabitation de la directive sur l'accès conditionnel et de celle sur le droit d'auteur ne sera pas facile. La première mouture du texte de la directive sur l'accès excluait d'ailleurs de son champ d'application les mesures techniques protégeant des contenus sujets à la propriété intellectuelle. A un stade ultérieur des discussions, cette limite a toutefois été supprimée, probablement en raison du fait qu'il sera de plus en plus difficile de distinguer les technologies en fonction des objectifs qu'elles poursuivent, accès au service ou accès aux œuvres proposées par ce service. Très vraisemblablement, l'application des deux textes se superposera dans de nombreux cas. Ceci ne ferait que renforcer la protection des technologies d'accès aux contenus numériques.

Par contre, la justification de la directive accès évite l'amalgame que nous avons dénoncé plus haut en matière de droit d'auteur. L'accès n'étant pas une prérogative du droit d'auteur, la protection de la technologie garantissant un tel contrôle de fait ne devrait pas se réaliser dans ce cadre.

En conséquence, la ligne à tracer entre les deux textes pourrait être claire. D'une part, la directive sur le droit d'auteur devrait circonscrire la définition des mesures techniques de l'article 6 aux seuls dispositifs qui appliquent les droits exclusifs de l'auteur, à l'exclusion des mécanismes d'accès. D'autre part, la directive accès conditionnel protégerait les technologies d'accès aux services sur base de la rémunération perçue à cet égard. Cette solution aurait le mérite d'instaurer deux régimes juridiques clairement séparés, l'un relatif aux technologies de droit d'auteur, l'autre aux technologies d'accès conditionnel. Cette ligne de partage éviterait également la confusion entre l'objet du droit d'auteur et le service que constitue l'accès à cet objet. Enfin, la neutralisation même du mécanisme d'accès n'étant pas sanctionnée par le texte sur

³⁸ voir supra, notes 18 et 19.

³⁹ Considérant 33, Directive sur la protection juridique des bases de données.

l'accès conditionnel, l'instauration d'un quasi-droit d'accès, actuellement réalisée par l'autre directive, serait évitée.

En conséquence, la discussion de l'un et de l'autre régime devrait être menée dans des cadres spécifiques et indépendants, notamment quant à l'étendue de la protection et à ses limites. Les problématiques peuvent en effet répondre à des logiques très différentes: exceptions pour le droit d'auteur, accès du public à certains contenus pour le droit de la radiodiffusion dont est issue la directive sur l'accès. Par exemple, dans le cadre de la directive accès conditionnel on a évoqué la possibilité d'obliger les prestataires de services à garantir un accès libre à certains événements dits d'importance majeure pour la société, à l'instar de ce que prévoit la directive Télévision sans Frontières, notamment en ce qui concerne les événements sportifs. Une telle réflexion peut difficilement se mener dans le cadre du droit d'auteur qui ne peut s'effacer devant un prétendu droit du public à l'information, outre dans le cas des exceptions prévues par la loi dans ce but. A l'inverse, des prestataires de services pourraient se voir soumis à une sorte de "service universel" relatif à un libre accès à certains service de portée sociale ou culturelle majeure.

Conclusion

L'accès aux œuvres n'est certes pas une nouveauté en droit d'auteur. Dans une vision économique de la propriété intellectuelle, l'octroi de droits exclusifs vise précisément à favoriser l'accès aux œuvres et à assurer une large diffusion des idées dans le public⁴⁰. Toutefois, l'accès dont nous parlons ici, et dont l'entrée dans le droit d'auteur se fait doucement mais certainement, n'a pas le même effet. Le droit d'accès en question ici présente une portée bien plus restrictive dans la mesure où il s'agirait désormais de contrôler chaque accès individuel à l'œuvre.

Jusqu'ici, l'accès se trouvait hors du droit d'auteur, si ce n'est, en ce qui concerne le premier accès à l'œuvre, par le biais du droit de distribution, mais était contrôlé par les lois du marché des œuvres. On pouvait se plaindre de la division du public en *have* et *have-not* mais ce débat restait largement étranger au droit d'auteur et ressortissait plutôt à la problématique de la politique de l'accès de tous à la culture et à l'information.

Aujourd'hui les deux sont intimement liés car le marché final des œuvres s'accompagne de droits, de contrats et de dispositifs techniques qui assurent une effectivité plus grande à ce marché, devenu plus volatile et fragile en raison de sa transformation digitale. A ce titre, le droit d'auteur et les nouvelles règles juridiques qui ont été adoptées deviennent une des armes les plus efficaces aux mains de ce marché pour réguler l'accès aux œuvres, produits essentiels de la nouvelle économie.

⁴⁰ A. STROWEL, Droit d'auteur et accès à l'information: de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents, *Cahiers de Propriété Intellectuelle*, 1999, Vol. 12, n°1, p. 189.

La gestion de l'accès renforcée par contrats et mesures techniques a également pour effet de déplacer le poids du droit d'auteur sur l'utilisateur final et non plus sur les exploitants des œuvres, marquant ainsi l'entrée inédite de l'utilisation dans le champ du droit d'auteur.

L'accès est avant tout un acte lié à la distribution et à la commercialisation des contenus digitaux. La sécurité de cette commercialisation est sans doute également mise à mal sur les autoroutes numériques. Le piratage informatique vise aussi les contenus distribués sur Internet, les systèmes de sécurité et d'accès à ces contenus, les mécanismes de paiement rétribuant les prestations de services. La problématique de la sécurité et du piratage est certes générale et convergente. Toutefois, tenter de résoudre les problèmes liés à l'insécurité de la distribution électronique ne peut se faire dans le cadre du droit d'auteur, au risque de dévoyer celui-ci au profit d'une logique commerciale de protection d'un service, logique qu'il contient certes, mais qui ne suffit pas à le définir. Au risque également de faire de la loi sur le droit d'auteur, dont un objectif primordial est de promouvoir la diffusion de la culture, une loi générale de sécurité informatique cadenassant toute transmission d'œuvres et de produits culturels.

Faut-il rappeler que le droit d'auteur est construit sur un compromis entre divers intérêts légitimes? Cet équilibre est principalement incarné par l'octroi de droits exclusifs d'une part et par la garantie d'une série d'exceptions à ces droits d'autre part. Or, sous l'impulsion d'une technologie encore balbutiante et du besoin précoce de la protéger, l'irruption du droit d'accès dans ce cadre se réaliserait de manière spontanée, sans qu'aucun équilibre n'y préexiste ni n'y soit recherché. Il est symptomatique à cet égard que le statut des exceptions face à ces technologies d'accès reste une des questions les plus nébuleuses de la proposition de directive européenne.

Faire pénétrer le contrôle de l'accès dans la bergerie du droit d'auteur, c'est également valider la mainmise de l'auteur sur l'utilisation, la jouissance intellectuelle de son œuvre. Un tel pouvoir, exorbitant du droit d'auteur que nous connaissons jusqu'ici, ne ferait que déséquilibrer et déconsidérer davantage la propriété littéraire et artistique⁴¹.

Cette analyse nous mène à considérer que le contrôle de l'accès aux œuvres ou plus largement aux contenus numériques ne peut s'effectuer dans le cadre normatif du droit d'auteur. Les questions que ce nouveau droit poserait seraient par trop étrangères à la logique de la propriété littéraire et artistique.

Qu'il soit besoin d'entamer une discussion sur l'opportunité de protéger toute technologie de sécurisation de contenus ou de la distribution numérique, cela va de soi. Mais il s'agit d'ouvrir cette discussion sur l'ensemble des questions de société que ce débat nécessite : protection des investissements, de la sécurité informatique et de celle des réseaux, d'une part; garantie des libertés fondamentales et de l'accès à l'information et à la culture, besoin de réduire le fossé entre les "have" et "have-not" de l'Eldorado d'Internet, d'autre part.

L'importance des enjeux justifierait un retour en arrière prudent. Toutefois, l'évolution du droit d'auteur dans le sens de l'accès et de l'utilisation a été si rapide et tellement influencée par les lobbys commerciaux d'Internet et des produits culturels qu'il reste peu de chances que la balance se rééquilibre plus

⁴¹ A. LUCAS, op.cit. note 6, p. 125, n° 250.

légitimement. Nous avons pourtant vu que cela peut se faire sans porter atteinte aux intérêts légitimes de protection des services. La directive accès conditionnel répond à la plupart de ces attentes sans qu'il soit besoin de défigurer la logique du droit d'auteur. Il ne s'agit donc pas ici de pousser un quelconque droit du public au détriment des ayants droit et du marché des œuvres mais bien de remettre la logique fondamentale du droit d'auteur au centre du débat.